

BGer 5A_758/2016 vom 14. Februar 2017

Bundesgericht, 2017-02-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_758_2016

FR: TF 5A_758/2016 du 14 février 2017

IT: TF 5A_758/2016 del 14 febbraio 2017

Erwägungen

E. 1

Die Beschwerde richtet sich gegen den Endentscheid einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht über die Konkursöffnung entschieden hat (Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG). Sie ist an keinen Streitwert gebunden (Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG). Die Beschwerde in Zivilsachen ist damit grundsätzlich zulässig. Die Beschwerdeführerin ist gemäss Art. 76 Abs. 1 BGG zur Beschwerde berechtigt und die Beschwerdefrist ist eingehalten (Art. 100 Abs. 1 BGG). Insofern kann auf die Beschwerde eingetreten werden.

E. 2

Mit dem Eventualbegehren um Hinterlegung der auf die Gläubigerin übertragenen Schuldbriefe wiederholt die Beschwerdeführerin ihre Vorbringen im kantonalen Verfahren. Weshalb sich das Kantonsgericht damit hätte befassen müssen, obschon gemäss vorinstanzlicher Feststellung die Einrede der Vorausvollstreckung (sog. beneficium excussionis realis) mit den Entscheiden der unteren und oberen Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. März 2016 und 29. April 2016 rechtskräftig erledigt wurde, begründet die Beschwerdeführerin nicht hinreichend. Darauf ist nicht einzutreten (Art. 42 Abs. 2 BGG).

E. 3

Die Beschwerdeführerin beanstandet in erster Linie, dass das Konkursbegehren nicht von der Beschwerdegegnerin, sondern von zwei für die X. _____ Genossenschaft handelnden Organen unterzeichnet worden sei. Die X. _____ Genossenschaft sei von der Beschwerdegegnerin nicht gehörig bevollmächtigt worden, weshalb diese bereits aus diesem Grund nicht hätte für die Beschwerdegegnerin tätig werden dürfen.

E. 3.1

Das Kantonsgericht hat dazu erwogen, aus dem Handelsregisterauszug der X. _____ Genossenschaft gehe hervor, dass diese "Dienstleistungen für die X. _____ Gruppe" erbringe. Entgegen der Auffassung der Schuldnerin müsse keine schriftliche Vollmacht vorliegen; eine mündliche Vollmachtserteilung sei gültig. Lediglich zu Beweis Zwecken sollte eine schriftliche Vollmacht eingereicht werden. Vorliegend stehe aber ausser Frage, dass die X. _____ Genossenschaft zur Vertretung der Beschwerdegegnerin ermächtigt sei.

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, die Annahme der Vorinstanz, es liege eine mündliche Vollmachtserteilung vor, entbehre jeglicher Grundlage und könne damit nicht willkürfrei erfolgen. Eine mündliche Vollmachtserteilung hätte von der Beschwerdegegnerin zu Protokoll erklärt werden müssen. Darüber ergebe sich aus den

Akten nichts. Zu beachten sei, dass Art. 68 Abs. 3 ZPO für jeden Vertreter gelte, unbesehen davon, ob er gefälligkeitshalber oder professionell handle. Aufgrund der gesetzlichen Anforderungen, dass eine Vollmacht beizuliegen habe, ergebe sich de facto meist zwingend Schriftlichkeit der Vollmacht. Die einschlägige Gesetzesvorschrift sei weder vom Kreisgericht noch vom Kantonsgericht beachtet worden.

E. 3.3

Mit der Stellung eines Konkursbegehrens ist eine Vollmacht als Beilage einzureichen, falls eine Parteivertretung bestellt wurde. Dies ergibt sich für die vertraglichen, nicht berufsmässigen wie für die berufsmässigen Parteivertreter bereits aus Art. 68 Abs. 3 ZPO, nach welchem genannte Personen sich durch eine Vollmacht auszuweisen haben. Die fehlende Vollmacht hätte das Kreisgericht daher - wie das die Beschwerdeführerin prozessual zu Recht beanstandet - einfordern und zu den Akten legen müssen (Art. 68 Abs. 3 und Art. 132 Abs. 1 ZPO). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang namentlich, dass die Erteilung der Vollmacht (Bevollmächtigung) auf einseitigem Willen der Vollmachtgeberin beruht (VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl. 1979, S. 354 f.). Dies ist bei der Prozessvollmacht nicht anders. Nicht haltbar ist deshalb die vorinstanzliche Begründung, soweit damit zum Ausdruck gebracht werden sollte, die Bevollmächtigung könne im vorliegenden Fall bereits gestützt auf die Handelsregisterinformationen der als Vertreterin auftretenden X. _____ Genossenschaft als erwiesen erachtet werden.

Allerdings kann der vorinstanzlich festgestellte Sachverhalt dahingehend ergänzt werden (Art. 105 Abs. 2 BGG), dass die X. _____ Genossenschaft von sich aus mit ihrer Beschwerdeantwort im kantonsgerichtlichen Verfahren eine schriftliche Vollmacht nachgereicht hat (Vollmacht vom 22. April 2014; act. 22), welche namentlich auch explizit die Stellung des Konkursbegehrens für die Beschwerdegegnerin erfasst. Die von der X. _____ Genossenschaft als Vertreterin der Beschwerdegegnerin vorgenommenen Prozesshandlungen sind somit gültig und wirksam (vgl. Urteil 4A.2/2005 vom 28. November 2005 E. 2.2; MARKUS AFFENTRANGER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Baker & McKenzie [Hrsg.], 2010, N. 11 zu Art. 68 ZPO ; STEPHANIE HRUBESCH - MILLAUER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 12 zu Art. 68 ZPO), sofern die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen über die Vertretungsbefugnis beachtet worden sind (s. dazu E. 4 hiernach).

E. 4

Unabhängig von der Frage des Vorliegens einer Vollmacht ist sodann umstritten, ob die X. _____ Genossenschaft zur Vertretung der Beschwerdegegnerin (einer rechtlich selbständigen, zur X. _____ Gruppe gehörenden Bank) im kantonalen SchKG-Summarverfahren zugelassen werden durfte. Die Beschwerdeführerin macht geltend, es handle sich um eine berufsmässige Vertretung vor den Gerichten, die den Anwältinnen und Anwälten vorbehalten sei.

E. 4.1

Das Kantonsgericht hat dazu erwogen, Art. 68 Abs. 2 ZPO regle lediglich die berufsmässige, d.h. entgeltliche Vertretung von Dritten. Vorliegend gehe es aber bloss um die Vertretung der Banken der X. _____ Gruppe durch die X. _____ Genossenschaft. Das Kreisgericht sei deshalb zu Recht auf das Konkursbegehren eingetreten.

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin argumentiert demgegenüber, dass man von einer massgeblichen volkswirtschaftlichen Bedeutung der X. _____ Gruppe ausgehen könne. Angesichts dieser Marktbedeutung könne nicht ernsthaft behauptet werden, die Dienstleistungen, die die X. _____ Genossenschaft für ihre Mitglieder im forensischen Bereich erbringe, würden gefälligkeitshalber und ausnahmsweise erfolgen. Vielmehr müsse von der Bereitschaft der X. _____ Genossenschaft ausgegangen werden, Mandate dieser Art in einer unbestimmten Anzahl von Fällen anzunehmen. Es sei nicht einzusehen, weshalb die X. _____ Genossenschaft mit Bezug auf die Vertretungsbefugnis anders behandelt werden solle wie eine Rechtsschutzversicherung oder eine Holdinggesellschaft.

E. 4.3

Die Frage der Berufsmässigkeit der Vertretung durch die X. _____ Genossenschaft kann vorliegend offenbleiben. Selbst wenn im vorliegenden Fall mit der Beschwerdeführerin von berufsmässiger Parteivertretung durch eine Dritte ausgegangen würde, wäre der Beschwerde aus folgenden Gründen ohnehin kein Erfolg beschieden.

E. 4.3.1

Es trifft zwar zu, dass der Markt der berufsmässigen Parteivertretung vor Gericht grundsätzlich durch den Anwaltsvorbehalt gemäss Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO eingeschränkt ist. Die Beschwerdeführerin übersieht aber, dass die Ausgestaltung der berufsmässigen Vertretung in Zivilprozessen durch Vorschriften des Bundes nicht umfassend abgedeckt wird (vgl. zu den verbleibenden kantonalen Regelungsbereichen Art. 68 Abs. 2 lit. b-d ZPO). In den hier interessierenden gerichtlichen SchKG-Summarverfahren, zu welchen namentlich auch das Prozessverfahren betreffend Konkursbegehren gehört, ist die berufsmässige bzw. gewerbsmässige Vertretung nur dann der Anwaltschaft vorbehalten, wenn dies das kantonale Recht vorsieht. Dies ergibt sich im Wesentlichen daraus, dass Art. 68 Abs. 2 lit. c ZPO die gewerbsmässigen Vertreterinnen und Vertreter nach Art. 27 SchKG dazu ermächtigt, die Parteien in den Angelegenheiten des summarischen Verfahrens nach Art. 251 ZPO berufsmässig vor den Gerichten zu vertreten und gemäss Art. 27 Abs. 1 Satz 1 SchKG die Kantone die gewerbsmässige Vertretung der am Zwangsvollstreckungsverfahren Beteiligten regeln können. Wie das Bundesgericht klargestellt hat, ist seit Inkrafttreten der ZPO davon auszugehen, dass Art. 27 SchKG die Regelung der Voraussetzungen gewerbsmässiger Vertretung von Parteien in den gerichtlichen Summarverfahren gemäss Art. 251 ZPO mitumfasst (BGE 138 III 396 E. 3.4 S. 399 f.). Die Kantone sind dabei nicht verpflichtet, von der ihnen durch Art. 27 SchKG gewährten Legiferierungsmöglichkeit Gebrauch zu machen (vgl. BGE 138 III 396 E. 3.2 S. 398). Hat ein Kanton von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht, ist die gewerbsmässige Gläubiger- und Schuldnervertretung völlig frei (vgl. TANJA DOMEJ, in: ZPO, Oberhammer und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 9 zu Art. 68 ZPO ; ROTH/WALTHER, in: Basler Kommentar, Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 4 zu Art. 27 SchKG ; PAULINE ERARD, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 2 zu Art. 27 SchKG ; BGE 66 III 11).

E. 4.3.2

Mit der Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG gerügt werden. Soweit die Vorinstanz kantonales Recht anzuwenden hatte, kann vor Bundesgericht im Wesentlichen geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid

verstosse gegen Bundesrecht (Art. 95 lit. a BGG) bzw. gegen die verfassungsmässigen Rechte und Grundsätze (BGE 141 I 105 E. 3.3.1 S. 108; 134 III 379 E. 1.2 S. 382 f.); im Vordergrund steht die Rüge, das kantonale Recht sei in Verletzung des Willkürverbotes angewandt worden (Art. 9 BV ; vgl. zum Begriff: BGE 136 III 552 E. 4.2 S. 560). Für die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte gilt das strenge Rügeprinzip im Sinn von Art. 106 Abs. 2 BGG . Das bedeutet, dass das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen prüft, während es auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht eintritt (BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246).

Vorliegend bauen die Ausführungen der Beschwerdeführerin allesamt um die ZPO, welche, wie gezeigt, für die berufsmässige Vertretung in gerichtlichen SchKG-Summarverfahren gerade kein Anwaltsmonopol kennt. Auf das kantonale Recht geht die Beschwerdeführerin nicht ein. Namentlich legt sie nicht dar, welche kantonalen Normen für die berufsmässige Vertretung in gerichtlichen SchKG-Summarverfahren ein Anwaltsmonopol statuieren und inwiefern diese im vorinstanzlichen Verfahren willkürlich (nicht) angewandt wurden. Insoweit genügt die Beschwerde den Begründungsanforderungen nicht und ist darauf nicht einzutreten.

E. 4.4

Soweit stattdessen, der Auffassung des Kantonsgerichts folgend, keine berufsmässige Vertretung durch die X. _____ Genossenschaft vorliegen würde, wäre - was vorliegend unbestritten ist - die Vertretung im kantonalen Verfahren gemäss Art. 68 Abs. 1 ZPO in jedem Fall nicht der Anwaltschaft vorbehalten gewesen. Die nicht berufsmässige bzw. nicht gewerbsmässige Vertretung wird durch das Bundesrecht abschliessend geregelt. Für diese dürfen die Kantone deshalb keine Vorschriften aufstellen und insbesondere kein Anwaltsmonopol einführen (vgl. ROTH/WALTHER, a.a.O., N. 3 zu Art. 27 SchKG ; DOMEJ, a.a.O., N. 9 zu Art. 68 ZPO).

E. 5

Die Vertretung vor Bundesgericht richtet sich demgegenüber einzig nach Art. 40 BGG . Gemäss Art. 40 Abs. 1 BGG dürfen in Zivil- und Strafsachen Parteien vor Bundesgericht nur von Anwälten und Anwältinnen vertreten werden, die nach dem Anwaltsgesetz vom 23. Juni 2000 oder nach einem Staatsvertrag berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichtsbehörden zu vertreten. Da der Beschwerde kein Erfolg beschieden ist und demnach vonseiten der Beschwerdegegnerin vor Bundesgericht keine Verfahrenshandlungen nötig sind, braucht darauf nicht weiter eingegangen zu werden.

E. 6

Aus den dargelegten Gründen muss die Beschwerde abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin für die Gerichtskosten aufzukommen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Der Gegenpartei ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden (Art. 68 Abs. 2 BGG).

E. 7

Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts kann der Beschwerdeführerin als juristischer Person die unentgeltliche Rechtspflege nicht gewährt werden, wobei die Frage der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in Ausnahmefällen offenbleiben kann, weil ein solcher Ausnahmefall weder nachgewiesen noch ersichtlich ist (BGE 119 Ia 337 E. 4c

und e S. 340 f.).

E. 8

Da der Beschwerde in Zivilsachen die aufschiebende Wirkung sowohl hinsichtlich des Rechtskrafteintritts des Konkurses wie auch hinsichtlich dessen Vollstreckbarkeit zuerkannt worden ist, ist der Konkurs mit der Ausfällung des vorliegenden Urteils neu zu eröffnen (vgl. BGE 129 III 100 E. 3 S. 100 f. mit Hinweisen).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.